

# EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

## EXPANSION OF CRIMINAL LAW AND CONSTITUTIONAL GUARANTEES

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO\*

RESUMEN

Ante la expansión del Derecho penal, continuada y a nivel global, en este trabajo se plantean los motivos que la propician, se evidencian los problemas dogmáticos y político-criminales de mayor relevancia y se proponen medidas para evitar que, tanto por el legislador en la creación de la ley, como por el juez en su aplicación, se conculquen principios básicos del Derecho penal y se “relajen” las garantías constitucionales. Especial atención se presta al derecho de defensa, en concreto a la inversión de la carga de la prueba, a través de interpretaciones o concepciones sesgadas de institutos de la teoría del delito como el dolo o la imputación objetiva. Las propuestas se orientan hacia el respeto de los principios de proporcionalidad, lesividad y *non bis in idem*, especialmente a través de la exigencia de que la norma jurídico-penal cumpla efectivamente su función de protección del bien jurídico-penal y que, en el caso concreto, se pruebe la afectación de ese bien jurídico protegido.

Palabras clave: Garantías constitucionales, principio de lesividad, principio de proporcionalidad, principio de *non bis in idem*, derecho de defensa, punitivismo, bien jurídico, merecimiento de pena, necesidad de pena.

ABSTRACT

*Given the continuous and global expansion of criminal law, this paper presents the reasons contributing to this, demonstrates the most relevant dogmatic and political criminal problems, and proposes measures to avoid the violation of basic principles on criminal law and the “relaxation” of constitutional guarantees, both by the legislator in creating the law and the judge in its application. Special attention is paid to the rights of defense, in particular the reversal of the burden of proof, through biased interpretations or conceptions on institutes of the theory of crimes as the mens rea or the imputation of the actus reus. The proposals aim to respect the principles of proportionality, harmfulness and Double Jeopardy, especially through their requirement that the criminal law rule effectively fulfills its function of protecting the legally-protected right and, in the specific case, the harmfulness of this legally-protected right is proved.*

*Key Words: constitutional guarantees, principle of harmfulness, principle of proportionality, Double Jeopardy, right of defense, punitivism, legally-protected right, deserved punishment, needed punishment.*

Recibido: 5 de noviembre de 2012

Aceptado: 26 de noviembre de 2012.

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona. Avenida Diagonal 684, código postal 08034, Barcelona, España. mcorcoy@ub.edu

## 1. INTRODUCCIÓN

La expansión que en las últimas décadas soporta el Derecho penal a nivel global es un hecho que podemos y debemos criticar pero que difícilmente podremos evitar. Las diferentes siglas e ideologías de los partidos políticos en el poder no se plasman en una política criminal de un signo u otro. A ello se suma que, desde las instancias internacionales, se potencia igualmente esa mayor incriminación así como el endurecimiento de las penas. Lo anterior, propiciado por la buena acogida que, aparentemente, tienen en la sociedad esa política-criminal punitivista, se corresponde directamente con la irrupción de la víctima en el sistema penal<sup>1</sup>. Se ha impuesto la creencia, generalizada en la clase política, de que el endurecimiento de las penas y el incremento de los delitos propicia un mayor número de votos.

Siendo cierto que se había pecado de falta de sensibilidad y atención a las víctimas, no lo es menos que un mayor peso en el proceso redunda en un detrimento de las garantías de los imputados. Desde la perspectiva de la víctima ya no es posible definir el Derecho penal como “carta magna” del delincuente. Principios como el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia se van convirtiendo paulatinamente en *in dubio pro* víctima y presunción de culpabilidad. Incluso las finalidades preventivas que la doctrina mayoritaria atribuye al Derecho penal están dejando paso a concepciones retributivas, aun cuando no se diga expresamente. La venganza como forma de “reparación” a la víctima está detrás de las agendas políticas.

A partir de esta situación de endurecimiento del sistema penal, que va de la mano a una paulatina disminución de las garantías derivadas del derecho de defensa, debemos plantearnos qué Derecho penal queremos –deber ser– y sobre todo qué Derecho penal garantista y “medio” podemos conseguir –ser–. En esta dirección hay que ser conscientes de que difícilmente se podrá limitar la legislación penal, en cuanto a número de modalidades típicas, que aumentan en una progresión nunca conocida. Creo, sin embargo, que es posible realizar una interpretación restrictiva y una aplicación respetuosa con las ga-

---

<sup>1</sup> La importancia que las víctimas tienen en la actual política criminal podría explicar mejor la utilización, por parte de la clase política, del Derecho penal para la obtención de votos, ya que estudios sociológicos serios apuntan a que la sociedad no es tan punitivista como a primera vista pueda parecer. Cfr. ROBINSON, P., *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished How Much*, Inglaterra, Oxford University Press, 2008.

rantías de los preceptos penales, al mismo tiempo que se propone una mejora de la técnica legislativa. Ello unido a la búsqueda de medidas alternativas a la prisión y, en estos momentos, también a la multa, que se ha erigido como la pena reina en los delitos socioeconómicos y que ha demostrado su fracaso preventivo.

La crisis económica no solo no va a mejorar esta situación, sino que la empeora. Muy especialmente porque estas reformas legislativas no van acompañadas de un presupuesto que asegure su correcta aplicación. Por ello se crean delitos y se aumentan penas con total desprecio tanto sobre su necesidad como sobre si será posible aplicarlas. Se olvida que el efecto disuasorio de las penas se fundamenta, esencialmente, en la certeza en su cumplimiento. Y ello no puede verse como algo contrario a las garantías, sino como la necesaria eficacia del sistema judicial que a su vez posibilita la aplicación de las penas sin merma de las garantías. No es coincidencia que los países con un mejor sistema y con más medios tengan un mayor respeto a las garantías, mientras que la ausencia de medios “facilita” que los aplicadores del Derecho penal sean “imaginativos”.

Se olvida, asimismo, que otro elemento esencial para la eficacia de la norma es su conocimiento, no se puede motivar/disuadir sin conocer la prohibición. En este sentido, Paul Robinson<sup>2</sup> plantea, como una primera cuestión necesaria para la eficacia disuasoria de la norma, su conocimiento por los destinatarios. En ese punto, el autor parte del desconocimiento, al menos exacto, de la norma y en especial de las penas, pero esta afirmación hay que matizarla tomando en consideración dos elementos. Primero que el estudio entre la población en general se llevó a efectos sobre extremos complejos y sobre los que en EE.UU. existen legislaciones diferentes en los diversos Estados (deber de ayudar a un tercero en caso de peligro, la legítima defensa mortal cuando es posible la huida o respecto de delitos contra la propiedad y el deber de denunciar delitos). Supuestos, todos ellos, sobre los que incluso los expertos plantean interpretaciones diferentes e incluso contradictorias. Segundo, en el estudio llevado a efecto con delinquentes se advirtió que sí conocían la norma aun cuando en algún porcentaje desconocieran la pena o no fueran motivados por ella. A partir de los resultados de las entrevistas realizadas llegan finalmente a

---

<sup>2</sup> Cfr. ROBINSON, P., *Distributive Principles of Criminal Law... op. cit.*, plantea desde la criminología y el Derecho penal los límites que deben respetarse y la forma que esos límites no reduzcan la eficacia.

la conclusión de que la razón por la que conociendo la pena cometen el delito es por que piensan que “no les van a pillar”. Por consiguiente, no tanto por la gravedad de la pena, sino por la amplia posibilidad de quedar impunes.

No obstante, la eficacia, siendo necesaria, no puede ser el único criterio, sino se quiere terminar en un estado policial. Por consiguiente, el legislador antes de proponer cualquier forma de restricción de la libertad debería asegurarse de que esa conducta implica un riesgo para terceros y que esa intervención no va a provocar un mal mayor que el que trata de evitar. En otras palabras, respeto del principio de proporcionalidad tanto en la existencia de prohibición como en la medida de la pena. Pero es que, además, volviendo a la eficacia, la idea del merecimiento de pena, en cuanto que la conducta prohibida debe estar desvalorada en ese contexto histórico y sociocultural, es indispensable para que la norma tenga capacidad de motivar y disuadir. En este punto, Robinson se refiere al “merecimiento empírico” en relación con los valores imperantes en esa sociedad, admitiendo una “desviación no apreciable” cuando exista un verdadero interés social, como pueden ser la equidad, la privacidad, la limitación del poder del gobierno o la delimitación de su autoridad.

Es necesaria también una buena técnica legislativa que reduzca las duplicidades, la casuística, las contradicciones...<sup>3</sup>. La interpretación es un elemento esencial del Derecho y especialmente del Derecho penal. En ello no podemos seguir ni a Beccaria ni a Montesquieu, que renegaban de la interpretación afirmando que el juez era la boca por la que hablaba la ley. Este posicionamiento puede entenderse en términos históricos, ya que la ley en ese momento pretendía establecer límites al poder absoluto del monarca, que comprendía el poder judicial<sup>4</sup>. Hoy día no debería ser objeto de discusión que en la aplicación del Derecho penal, la interpretación es imprescindible, incluida la interpretación teleológica, conforme al bien jurídico-penal protegido en el delito enjuiciado. Interpretación que en orden a evitar la arbitrariedad debe

<sup>3</sup> Cfr. NAVARRO FRIAS, Irene, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, Editorial Comares, 2010, *passim*, sobre la importancia de la técnica legislativa para el cumplimiento material del principio de legalidad y, en concreto, la taxatividad.

<sup>4</sup> La obra de estos dos autores se produce en la segunda mitad del S. XVIII cuando se abría paso la Ilustración y se trataba de acabar con el absolutismo imperante. BECCARIA publica su obra *Dei Delitti e delle Penne* en 1764, mientras que MONTESQUIEU publicó su obra *El espíritu de las leyes* en 1750.

ser fundamentada a través de la motivación<sup>5</sup>. Asimismo, al legislador le es exigible conocer el Derecho, en general, y el Derecho penal, en particular, incluida la Parte General, y que tenga capacidad de síntesis para conocer el núcleo de la prohibición, en cuanto debería saber por qué se quiere prohibir una conducta, y si es necesario, atendiendo a las normas extrapenales en la materia y a las penales ya existentes. El olvido o el desconocimiento de la Parte General del Derecho penal –Teoría del delito– conlleva, por ejemplo, que el legislador no distinga entre conductas de autoría y participación o entre actos preparatorios y tentativa, previendo tipos en los cuales se equiparan conductas de muy diferente naturaleza atendiendo a esos conceptos.

## 2. ESTUDIO EMPÍRICO DE LA CRIMINALIDAD COMO LÍMITE A LA LEGISLACIÓN PENAL

Los desajustes entre los estudios empíricos, cuando existen, y las reformas legislativas son otra de las claves de la actual situación. Un ejemplo gráfico lo tenemos en España con la reforma de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor 5/2002 por la LO 8/2006, endureciendo las penas y abriendo el proceso a las acusaciones particulares, reconoce en su exposición de motivos que “debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social”. Ello evidencia que el endurecimiento no está fundamentado en una mayor criminalidad, sino en el “impacto social” fuertemente condicionado por el amarillismo y sensacionalismo de la mayoría de medios de comunicación.

Esa populista idea de justicia conduce a desviaciones esenciales respecto del merecimiento de pena como fundamento de la antijuricidad y de la necesidad de pena como límite de la imputación personal.

El merecimiento de pena, como fundamento y límite del injusto, se ve afectado por la actual política criminal en varios aspectos:

1º La inflación de tipos penales, en muchos casos ya previstos con otra denominación y en otros innecesarios, atendiendo a los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad del Derecho penal.

---

<sup>5</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “La interpretación en Derecho penal. *Favor libertatis* versus *Favor securitatis*. *In dubio pro reo* versus *In dubio contra reo*”, en: *Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho. LH al Profesor Santiago Mir Puig* (Luzón Peña, Diego Dir.), Ed. La Ley, 2010, pp. 145 ss.

2º El gran número de conductas típicas previstas en cada uno de ellos –promover, favorecer, facilitar...–. Lo que además, como enunciaba, plantea problemas en relación con instituciones de la Parte General, que exigen distinguir entre autoría y participación y entre actos preparatorios e inicio de la tentativa. Falta de diferenciación que atenta contra el principio de proporcionalidad.

3º La creación de tipos autónomos (véase delitos de organización criminal) respecto de circunstancias agravantes de otros delitos previstos en la Parte Especial o, incluso, como circunstancia agravante genérica de la Parte General. Ello suscita difíciles si no imposibles dilemas concursales. Primero sobre si estamos ante un concurso de delitos o de leyes. Segundo sobre el criterio de interpretación del concurso de leyes que se debe aplicar, ya que la solución será diferente según se aplique uno u otro (por ejemplo, entre especialidad y alternatividad). Dificultades que se agravan con la introducción de cláusulas expresas de concurso real de delitos cuya aplicación supone, en la mayoría de casos, infringir el principio de *non bis in idem*.

4º Estableciendo la misma pena para conductas con un desvalor muy diferente, ya sea por el diferente grado de intervención en el hecho, ya sea por la concurrencia o no de violencia o intimidación... Situación que, como en los dos primeros casos, infringe palmariamente el principio de proporcionalidad.

A la mayor incriminación y el endurecimiento de las penas se une la desatención cada vez mayor a la idea de la necesidad de pena. Necesidad que requiere una individualización en la determinación concreta de la pena. Individualización que para ser adecuada a la gravedad del hecho –merecimiento–, en el caso concreto, requeriría de un amplio margen de discrecionalidad o arbitrio del juez. Siendo ello evidente no lo es menos el riesgo que plantea la confusión que puede darse entre arbitrio (necesario) arbitrariedad (ilegítima). La determinación de la necesidad de pena requiere tener en cuenta no solo la duración, sino también la clase de pena. Sería necesaria una mayor discrecionalidad motivada, que alcanzara incluso la posibilidad de imponer medidas alternativas, con carácter general, no únicamente en el ámbito de la responsabilidad penal del menor. De esa forma el juez podría tomar en consideración las especiales circunstancias del condenado.

La falta de atención a la individualización de la pena denunciada se advierte al constatar que la culpabilidad o imputación personal se va dejando sin contenido, de forma motivada por un sector de la

doctrina y, a efectos prácticos, por la jurisprudencia. En este sentido, por ejemplo, se restringe hasta el límite el alcance del trastorno mental transitorio y de las causas de exclusión de la culpabilidad, en concreto, del estado de necesidad exculpante o miedo insuperable, y del error de prohibición. En la misma línea cada vez se acentúa la línea punitivista y analogizante del Derecho penal de menores respecto del de adultos. Incluso la eximente/atenuante de embriaguez o drogadicción que, tradicionalmente se habían venido admitiendo, están retrocediendo en su efectividad, por el momento, en los ámbitos del tráfico viario y de la violencia de género.

Situación que, al menos en parte, se debe a la cada vez mayor importancia que se otorga a los derechos de las víctimas. Protección de los derechos de las víctimas que implican una merma de las garantías de los acusados, lesionando sus derechos fundamentales. Por parte del TEDU y, muy especialmente, por la Corte Interamericana se ha llegado a negar la legitimidad de institutos como la conformidad, la aplicación de determinadas eximentes o atenuantes, la suspensión de la pena, la condena condicional, la prescripción...<sup>6</sup>. Se ha llegado a decir, y creo que es cierto, que los derechos humanos de la víctima operarían como motor de expansión del derecho penal, obligando al Estado a ejercer su *ius puniendi*<sup>7</sup>.

En relación con la antijuricidad y en concreto con la responsabilidad subjetiva, para salvar el obstáculo de la prueba ilícita o de la ausencia de prueba se tiende hacia una responsabilidad objetiva, con una ampliación del concepto de dolo que abarca la ignorancia delibe-

---

<sup>6</sup> En este sentido, tiene una importancia esencial la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDU), en Europa, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en Latinoamérica. Ambos afirman la existencia de obligaciones de los Estados de castigar para proteger los derechos de las víctimas, asegurando su tutela jurisdiccional efectiva, no siendo suficiente con la tipificación de las conductas, sino que exigen el deber de perseguir y castigar en el caso concreto. El primer fallo, en esta dirección, es la sentencia del TEDU en el *Caso X e Y contra Holanda*, de 26 de marzo de 1985. Esta jurisprudencia no solo se ha ido consolidando, sino que amplía su alcance, llegando a condenar a Bulgaria porque sus tribunales realizaban una interpretación restrictiva del delito de violación (*Caso MC contra Bulgaria*, de 4 de diciembre de 2003), o a Francia (*Caso Siliadin contra Francia*, de 26 de julio de 2005) por tener previstas penas adecuadas al hecho.

<sup>7</sup> Cfr. VIGANO, Francesco, "L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali", en: *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV (2011), pp. 2645 ss., analiza críticamente la jurisprudencia de ambos tribunales y su impacto en la expansión del Derecho penal y en la concepción de la finalidad de la pena.

rada. Concepto que se ha importado del ámbito anglosajón sin conocimiento del significado que en su contexto tiene y de los requisitos que se requieren para su aplicación ni de las diferentes consecuencias que se derivan en uno u otro ámbito de la calificación como dolosa de una conducta<sup>8</sup>. Responsabilidad objetiva que es patente en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>9</sup>.

La antijuridicidad material también se ve afectada, incluso de forma más preocupante, en tanto en cuanto el principio de lesividad también está siendo obviado. Para ello, únicamente debemos observar el cada vez mayor número de resoluciones que expresamente se refieren a conceptos tales como el peligro hipotético, presunto, estadístico o incluso al principio de precaución. Y afirma esto alguien, que es partidaria de la legitimidad y autonomía de los bienes jurídico-penales supraindividuales. La referida legitimidad y autonomía en ningún caso puede determinar la creación de tipos que pretenden ser de peligro estadístico, como el delito contra la seguridad vial, o interpretados en clave histórica, de chivo espiatorio –erradicar el machismo imperante en la sociedad ancestralmente–, en el delito de violencia de género, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>10</sup>. Ni podemos anquilosarnos en un Derecho penal de los bienes jurídicos individuales ni es legítimo sancionar conductas respecto de las que no se ha probado su lesividad *ex post* para el interés/bien

<sup>8</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *Ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, Editorial Atelier, 2008, sobre la concepción de la ignorancia deliberada en nuestro Tribunal Supremo poniéndolo en relación con el concepto de ignorancia deliberada en el mundo anglosajón; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Concepto dogmático y procesal del dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”, en: *Revista Doctrina y Jurisprudencia penal*, Nº 4 (2011), pp. 3-30, Universidad de los Andes, Editorial Abeledo-Perrot, pp. 3-30.

<sup>9</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO y RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Imputación subjetiva”, en: *Penal Económico y de Empresa 2011-2012. Memento Práctico Francis Lefebvre*, Editorial Francis Lefebvre, 2011, Cap. I, Sec. 6ª.

<sup>10</sup> Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional iniciada en la STC 59/2008, de 14 de mayo, argumenta la proporcionalidad del tipo en base a la necesidad de erradicar el machismo existente. Es decir, no lo fundamenta en el desvalor del hecho en concreto, sino en necesidades de política criminal. No se castiga por el hecho, sino que el castigo pretende tener una función “social”, “ética”, “educativa”.... Al respecto, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Pontificia de Valparaíso, XXXIV (2010) I Semestre, pp. 305-347.



jurídico protegido en el caso concreto<sup>11</sup>. Es decir, considero que no está legitimado condenar por la realización formal de los elementos típicos –antijuricidad formal–, por tanto, lesiva en abstracto –estadísticamente–, sin probar que *ex post*, en el caso concreto, efectivamente era lesiva –antijuricidad material–.

Utilización de construcciones dogmáticas para defraudar el derecho de defensa que también abarca a la imputación objetiva que viene sirviendo a los tribunales para obviar la prueba no tanto de la relación causal como de la causalidad, entendida como prueba de cómo exactamente se han producido los hechos y qué riesgos han concurrido en el resultado. La imputación objetiva, en cuanto concepto normativo, debe servir para delimitar entre esos riesgos cuál/es se ha/n realizado en el resultado, pero previamente ha de probarse la existencia de esos riesgos y su naturaleza<sup>12</sup>.

En particular, estas tres cuestiones, relativas a la interpretación de la responsabilidad subjetiva, al principio de lesividad y a la imputación objetiva, sirven a los operadores jurídicos para, de forma indirecta, “salvar” los límites garantistas derivados del derecho de defensa, manteniendo formalmente su existencia, pero deviniendo, en la práctica, casi inexistentes. En concreto, supone que en la práctica se invierte la carga de la prueba, lo que determina que, para la parte acusadora, cada vez es necesaria una menor prueba, prueba que corre a cargo de la defensa. Para la acusación no será necesario probar el conocimiento por el acusado de los hechos ni la lesividad *ex post* de su conducta y ni tan siquiera como han acontecido realmente los hechos.

### 3. PROPUESTA DE LÍMITES A LA INTERVENCIÓN PENAL

Un amplio sector de la doctrina entiende que la finalidad de protección de un bien jurídico debe ser un límite infranqueable a la intervención penal. No obstante, desde el funcionalismo se han rea-

<sup>11</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “La legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales”, en: *Revista CENIPEC*, Nº 030 (2011) Enero-Diciembre, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, lesividad que no puede interpretarse en clave de destrucción, sino de afectación.

<sup>12</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *in dubio pro reo*–”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. “Libro Homenaje al Profesor Don José Cerezo Mir”*, Madrid, Editorial Tecnos, pp. 593-616.

lizado críticas radicales a la función que pueda llevar a efecto el bien jurídico en la limitación de la intervención penal por la creación de nuevos delitos y/o en la restricción del alcance de los tipos a través de su interpretación teleológica, afirmando su ineficacia pasada y actual<sup>13</sup>. Desde estos posicionamientos se afirma que el bien jurídico no tiene utilidad para contrarrestar la fuerza de grupos sociales organizados que consiguen criminalizar lo que consideran correcto, sin que ello sirva para proteger elementos esenciales de la vida social. La referencia en este punto al medio ambiente, el orden público o la discriminación, como supuestos que no deberían criminalizarse y que se ha llevado a efecto en virtud de la aparente concurrencia de un bien jurídico, parte de que no deben protegerse sin decirnos por qué. No obstante, la mayor crítica a estos posicionamientos es la solución que proponen de la función del Derecho penal como estabilizador de la norma. Si la función restrictiva del bien jurídico puede ser discutida, la función de estabilización de la norma no es necesaria, creo, ni comentarla. Simplificando, según esta doctrina la norma una vez creada debe respetarse y quien la infringe debe ser castigado. ¿Quién y por qué critica determinadas normas? ¿Cuál es el criterio para negar su validez? ¿No ser un elemento esencial para la vida social? ¿El concepto “elemento esencial para la vida social” no es una forma de describir el bien jurídico-penal?

Otro sector de la doctrina, al que podríamos denominar neo-constitucionalista, basa toda la creación e interpretación del Derecho penal en la Constitución. Planteamiento que adoptan asimismo algunos autores que se adscriben a teorías funcionalistas. Pienso que la referencia a la Constitución como panacea, no es más que otra forma de delimitar qué elementos son esenciales para la vida social, es decir, qué valores son imperantes en una determinada sociedad y, por consiguiente, deben protegerse. Esto es, cuándo se puede afirmar que existe un bien jurídico que debe de ser protegido penalmente.

Desde otros posicionamientos se niega la eficacia de la Constitución para limitar la intervención penal, negando también la relevancia del bien jurídico entendiendo que todo se limita a una cuestión de

---

<sup>13</sup> APPEL, “Rechtsgüterschutz durch Strafrecht”, *KritV* 99, pp. 297 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Funcionalismo y teoría del delito”, en: *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales* (Mir Puig/Queralt Jiménez Dirs.), Valencia 2010, pp. 161 ss.

política criminal<sup>14</sup>. Se pone como ejemplo uno de los pocos supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional un precepto penal. Es lo que sucede en la STC 235/2007 que declara inconstitucional el delito de “negacionismo”. Inconstitucionalidad que no se fundamenta tanto en la existencia o no de un bien jurídico merecedor de protección penal, sino en un adelantamiento inaceptable de los límites de protección y/o una técnica legislativa casuística que, en aras de una pretendida y mal entendida taxatividad, introduce una serie de conductas típicas repetitivas o inaceptables por su inconcreción (facilitar, promover... y finalmente “o de cualquier otro modo”).

Por consiguiente, la función de límite a la intervención penal del bien jurídico, debería tener en la actualidad una mayor importancia, precisamente por la proliferación de tipos en los que ni la doctrina ni la jurisprudencia se ponen de acuerdo en cuál es el bien jurídico protegido<sup>15</sup>. Ello se advierte especialmente en algunos de los delitos socioeconómicos, en una serie de nuevos delitos de carácter moralista o etizante, o en otros, a los que me referiré, con una función procesal de facilitar la investigación y/o la condena de determinados sujetos. Estudios sociológicos demuestran que cuando la ley penal recoge los valores compartidos por la mayoría de la sociedad esa norma ejerce en mayor medida la finalidad de prevención del delito<sup>16</sup>. “Valores compartidos” que, en cuanto están recogidos en una ley, no son algo diferente que otra forma de denominar el bien jurídico y cuando esta ley es penal de bien jurídico-penal. Los problemas surgen en dos frentes, por un lado, cuando se desconoce con exactitud qué es lo que la ley penal pretende proteger y, por otro, cuando la ley penal no se aplica o no se lleva a efecto adecuadamente<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 227, señala como la STC 235/2007 declaró inconstitucional el art. 607.2 CP, que castigaba la negación del holocausto, sin recurrir a la inexistencia de bien jurídico, aun cuando finalmente considera que tampoco la Constitución puede solucionar el problema apelando para ello a la política criminal que debe de valorar “cuándo una conducta es tan negativa para la pervivencia social que debe ser castigada”.

<sup>15</sup> Cfr. HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, *passim*; ROXIN, Claus, *Dependencia o independencia del Derecho penal con respecto a la filosofía, la moral y la religión*, Madrid, ADPCP, 2008.

<sup>16</sup> KENNEDY, Joseph E., “Empirical Desert and the Endpoints of Punishment”, en: *Criminal Law Conversations*, Oxford University Press, 2009, pp. 54-55.

<sup>17</sup> ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (trad. Cancio Meliá/Ortiz de Urbina), Madrid, Editorial Marcial Pons, 2012, pone de manifiesto que cuando el Derecho penal es visto como

Con ello no se quiere afirmar que la referencia al bien jurídico-penal como límite a la intervención penal sea la solución para los actuales problemas del Derecho penal. Creo que hay que volver, retomar o seguir las posturas integradoras en la línea de Mir Puig de, junto a la exigencia de protección de un bien jurídico-penal, que se respeten una serie de límites que restrinjan la intervención penal. Límites como los de subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad que son más necesarios que nunca. Y ello porque muchas veces la pregunta no es tanto si se debe castigar una determinada conducta en atención a lo que se pretende evitar, sino cómo se debe castigar, es decir, preguntarse qué conductas de entre todas las posibles son realmente lesivas y limitar la intervención penal en ese sentido.

Limitación que debe ser mayor cuando la conducta también está prevista en otra área del ordenamiento jurídico. Y ello porque en ese caso no se producen lagunas de punibilidad y porque debe respetarse el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal de forma que solo las conductas más graves tengan la naturaleza de delito. En esos ámbitos es especialmente relevante tomar en consideración los principios de eficacia y eficiencia. La utilidad debe ser otra de las claves en la decisión sobre la criminalización de una conducta. No obstante, en ese punto la eficacia no puede valorarse analizando lo que ha sucedido hasta ese momento sin antes estudiar cuáles son las razones de esa ineficacia. La no aplicación de un precepto o su incorrecta aplicación no justifica per se su ilegitimidad, puesto que, en muchas ocasiones, ello es consecuencia de la falta de medios y/o de voluntad política de perseguir determinadas conductas.

#### 4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL ACTUAL DERECHO PENAL

La adopción por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria de teorías vinculadas con el dominio del hecho, en relación con la autoría, ha determinado cambios sustanciales en diferentes instituciones de la teoría del delito. De una parte adquieren una importancia sustancial los supuestos de comisión por omisión. La posición de garante, junto a la dependencia de la indemnidad del bien jurídico respecto de la actuación de una determinada persona es lo que va a determinar su

---

injusto por la sociedad, o que fracasa cuando se aplica, pierde credibilidad moral y en consecuencia eficacia.

calificación como autor, con independencia de cuál sea la persona que física o materialmente ha creado ese riesgo o ha realizado físicamente la conducta típica. Desde el momento en que se califica como autor a quien tenga el dominio sobre el hecho o sobre el riesgo, la determinación de qué sujeto tiene la competencia sobre el control del riesgo es el criterio esencial en la atribución de la autoría.

De otra parte, la problemática de la necesidad de existencia de cláusulas en la línea del actuar en nombre de otro pierde relevancia, ello con independencia de la cuestión de la responsabilidad de la persona jurídica. Estas cláusulas, que tradicionalmente se habían visto como de extensión de la autoría, no se diferencian de los actuales criterios utilizados para imputar a alguien en concepto de autor.

Asimismo, la necesidad de referencia a la autoría mediata pierde prácticamente su utilidad porque con las teorías del dominio se califica directamente como autor al “hombre de atrás”, quedando impune el “instrumento”. Instrumento que, en general, no actúa ni por engaño, ni por error..., sino que es consciente del significado de su conducta. La impunidad del instrumento, con independencia de razones procesales de facilitación de la prueba a las que me referiré más adelante, solo puede entenderse en términos de inexigibilidad de otra conducta.

A lo anterior se suma otro dato relevante, en este caso no tanto responsabilidad de los conceptos dogmáticos como de las técnicas legislativas al uso. Si analizamos los nuevos preceptos, nos encontramos con redacciones del tenor de “provoca o realiza directa o indirectamente”, y con verbos típicos acumulados en los que se equipara “hacer, facilitar, provocar...”. El sujeto de estos verbos, en relación con lo que podríamos calificar como conducta central respecto de la lesión/afectación del bien jurídico, dependiendo del verbo típico, puede ser tanto un autor, en sentido estricto, como un cooperador necesario, un cómplice o un inductor. Con esta técnica legislativa de acumulación de verbos típicos llega incluso a confundirse los actos preparatorios con el inicio de la tentativa. Situación que se hace patente en algunos delitos como los relativos al tráfico de drogas, al terrorismo o al delito de organización criminal, como ejemplo paradigmático de confusión entre autoría y participación y entre actos preparatorios e inicio de la tentativa.

No cabe negar el problema que supone la criminalidad organizada a nivel global, siendo esta la razón que ha llevado a las diferentes instancias internacionales a crear instrumentos para luchar contra ella.

Instrumentos que obligan a los diferentes Estados a tipificar en sus regulaciones internas estas modalidades delictivas. La especial naturaleza de estos delitos conllevan una ruptura con los elementos de la Teoría del delito, tal y como han sido elaborados por la doctrina y recogidos en las legislaciones penales. En particular, en muchos casos los delitos de organización criminal suponen una desvaloración no justificada de conductas que simplemente son supuestos de coautoría y participación. Asimismo, la mayor o menor desvaloración se ve afectada por la configuración como tipos consumados de supuestos de tentativa y actos preparatorios. Ello no supone negar el mayor riesgo que implica la criminalidad organizada en los supuestos en los que ciertamente puede afirmarse esa naturaleza, pero ese peligro nunca puede justificar la infracción del principio de proporcionalidad.

La legislación penal al utilizar la “organización”, estructura ontológica, como base para la construcción de tipos y categorías, debería definirla, describirla y resaltar sus elementos, sin variar su estructura esencial<sup>18</sup>. Ello no sucede en la normativa que se ha ido desarrollando al respecto. Los elementos rectores de las Directivas europeas<sup>19</sup> e internacionales<sup>20</sup> se han ido introduciendo en los ordenamientos nacionales sin que exista esa previa puesta en común del concepto de organización. En los Estados la regulación se ha desarrollado en tres vías: a) previsión de agravantes específicas de “organización criminal” en diversos delitos (tráfico de drogas, trata de personas, blanqueo de capitales, terrorismo, medio ambiente...); b) creación de delitos de pertenencia a organización o asociación (*Organisationsdelikte/reati associativi*); c) establecimiento de consecuencias jurídicas generales,

---

<sup>18</sup> WELZEL, Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista* —4ª edición—, Traducción Cerezo Mir, Madrid, Ed. Ariel, 1964, pp. 13 y 14: “De ello se deduce, para la metodología, que la Ciencia del Derecho Penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo [...] pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para [...] comprender también las valoraciones jurídicas”.

<sup>19</sup> Decisión Marco 2005/212 JAI del Consejo, relativa al decomiso; Recomendación Rec 11 de 2001, del Comité de Ministros sobre *Principios Directrices en la Lucha contra el Crimen Organizado; Acción Común (CE) relativa a la Tipificación Penal de la Participación en una Organización Delictiva en los Estados Miembros de la Unión Europea* (21 de diciembre de 1998).

<sup>20</sup> Desde finales de los ochenta, cuatro *Convenciones de Naciones Unidas* han tratado este tema: lucha contra las drogas (1988), terrorismo (2000), crimen organizado transnacional (2000) y corrupción (2003).

que pueden o deben aplicarse en delitos cometidos a través de organizaciones criminales.

Como es lógico, la inexistencia de una definición unívoca, desde el punto de vista normativo, existiendo múltiples concepciones de lo que puede calificarse como organización, conlleva dificultades en la aplicación de esta normativa y sobre todo inseguridad jurídica e ineficacia. Es cierto que desde instancias internacionales y, en concreto, desde Europa, existen tentativas desde hace años de elaborar un tipo común europeo relativo a la participación en organización criminal<sup>21</sup>. No obstante, hoy día todavía no se ha conseguido y, por lo demás, con los preceptos que se han ido introduciendo es difícil diferenciarlo respecto de lo que debería calificarse como mera codelinuencia, así como delimitar organización criminal de responsabilidad de las personas jurídicas o instituciones en las que se cometen crímenes, incluso frecuentemente. No obstante, la jurisprudencia afirma que no se produce esta confusión, fundamentando la existencia de organización en la existencia de “una infraestructura perfectamente capaz y eficaz para la programación del envío que se detalla; de la existencia de los continuados contactos telefónicos entre los acusados; de la dotación de instrumentos (teléfonos móviles), exclusivamente para tal operación; datos sobre la realización de similares operaciones efectuadas con anterioridad”<sup>22</sup>. Elementos, todos ellos, perfectamente compatibles

<sup>21</sup> En este sentido, ya la *Action commune relative a l'incrimination de la participation à une organisation criminelle, dans les États membre de l'union européenne*, de 21 de diciembre de 1998, propone que se sancione, además de la conspiración (apartado b), la pertenencia:

“a) el comportamiento de toda persona que, de manera intencional y teniendo conocimiento, ya del fin y de la actividad criminal general de la organización, ya de la intención de la organización de cometer las infracciones en cuestión, participa activamente:

- en las actividades criminales de la organización (...) aunque esa persona no participe en la ejecución propiamente dicha de las infracciones en cuestión y a reserva de los principios generales del Derecho penal del Estado miembro de que se trate, aunque la ejecución de las infracciones en cuestión no se lleve a cabo.

- en otras actividades de la organización teniendo además conocimiento de que su participación contribuirá a la realización de las actividades criminales de la organización...”.

Posteriormente se han ido produciendo otras propuestas, *vid.* MILITELLO, Vincenzo, “Participation in a Criminal Organisation as a Model of European Criminal Offence”, en MILITELLO, Vincenzo y HUBER, Barbara, eds., *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime*, Freiburg, 2001, pp. 15 ss.

<sup>22</sup> STS 1084/2011, de 15 de febrero.

con la codelincuencia, incluida la comisión anterior de delitos análogos, y muchas más si se trata de presunción de que se han cometido.

En España, la creación de los delitos de organización y grupo criminal, plantea un primer problema, por el hecho de que, tradicionalmente, estaban previstos los delitos de asociación ilícita (arts. 515 a 521), que solo se han suprimido en parte<sup>23</sup>, y con los que ahora, por consiguiente, se suscita un concurso de leyes de difícil solución. La razón que subyace a la inaplicación de los delitos de asociación ilícita se encuentra en su origen, ya que fueron creados con la finalidad de perseguir la disidencia social y política para poder perseguir los grupos hostiles al gobierno. La finalidad original de estos delitos no los deslegitima per se, como tampoco los posibles déficits de redacción típica que podrían subsanarse. Las críticas acerca de que son Parte General, por no poder diferenciarse de los actos preparatorios, son igualmente válidas para los actuales preceptos de delincuencia organizada y grupo organizado<sup>24</sup>. Tampoco las críticas respecto de la menor penalidad en relación con las organizaciones terroristas justifican la creación de esos nuevos delitos sin suprimir los existentes. Por otra parte, lo cierto es que en los últimos años se había aplicado, exigiendo que “el fin de la asociación –en el caso del art. 515.1 inciso primero– ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar”. Su aplicación, aunque limitada, se había ido asentando respecto de: a) delitos contra el patrimonio<sup>25</sup>, incluso de supuestos de hurtos “carteristas”<sup>26</sup>; b) en relación con ban-

<sup>23</sup> En el apartado XXVIII del Preámbulo a la LO 5/2010, se justifica la creación de los delitos de organización en la nula aplicación de los delitos de asociación ilícita y solo se suprimen el apartado 2 del art. 515 y el art. 516, manteniéndose los demás.

<sup>24</sup> Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, en *LH al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Editorial Civitas, 2005, p. 1778.

<sup>25</sup> Entre otras, SSTs 740/2010, 6 de julio; 745/2008, 25 de noviembre; 415/2005, 23 de marzo; 234/2001, 3 de mayo.

<sup>26</sup> STS 1075/2006, 23 de octubre, anula la condena de la Audiencia Provincial de Mallorca 1ª 42026/2006, que había condenado por asociación ilícita a mujeres que distraían a los turistas con la venta de claveles para hurtales, por aplicación del principio de proporcionalidad y en atención al buen jurídico protegido en el delito de asociación ilícita, orden público como ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas.



das juveniles<sup>27</sup>; c) con sectas en las que se producía violencia física o psíquica contra los miembros de la asociación<sup>28</sup>; d) organizaciones de carácter paramilitar<sup>29</sup>, con contenido discriminatorio y fascista<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> SAP Madrid, 142/2008, 3 de noviembre, caso “*Latin Kings*”, organización jerarquizada y estable de un grupo de personas que deciden reunirse el 15 de septiembre de 2005 con el objeto de vengarse de otra banda callejera por la agresión de uno de sus miembros, y si bien la reunión fue disuelta por la policía, un grupo de los integrantes decide llevar a cabo el plan, que termina con un sujeto muerto y otro herido de gravedad. Ambos pertenecían aparentemente a la banda rival “los Ñetas”.

<sup>28</sup> STS 765/2009, 9 de julio, condena en un caso de empleo de violencia física sobre los miembros ya integrados en una asociación y sobre los aspirantes a ella, acreditada la práctica de castigos físicos como medio de sometimiento de las personas ya integradas, por faltas cometidas o como prueba para los aspirantes.

<sup>29</sup> SAP Barcelona 892/2009, 7 de octubre, condena a tres sujetos pertenecientes a la asociación “Círculo de Estudios Indoeuropeos (CEI)” que lideran una organización dedicada a la difusión de material con ideas racistas (específicamente antisemitas) y parcialmente estructurado, en unas de sus divisiones (círculo interior, o sección especial, llamada “Hermandad de Armas de Caballeros del Imperio como Comunidad Sagrada”), con carácter paramilitar, considera que: “La Real Academia Española de la Lengua define el término paramilitar como adjetivo de una organización civil con estructura o disciplina de tipo militar. La doctrina mayoritaria entiende que si por asociaciones paramilitares entendemos las que adoptan formas semejantes a las propias del ejército regular (uniformes, emblemas, etc.) se está penalizando un mero ilícito de policía, y que si restringimos el alcance del término paramilitar para calificar de paramilitares solo las organizaciones que además de adoptar formas militares, tienen como objetivo la sustitución del ejército o la asunción de parte de sus funciones para combatir otras formas de violencia, estaríamos ante un hecho subsumible en los apartados 1 o 2 de este mismo artículo 515 del Código Penal. ... algún sector doctrinal entiende que las organizaciones de carácter paramilitar son aquellas que adoptan estructuras organizativas, hábitos, medios y signos externos propios de las organizaciones militares, atentando contra el monopolio del Estado en el ejercicio de la violencia. Pero esta referencia al ejercicio de la violencia parece dar a entender que deben ser organizaciones que adopten las formas semejantes a las militares y que tengan por finalidad ejercer cualquier tipo de violencia, pero entonces también cabría su subsunción en los apartados 1 o 2 de este mismo artículo 515”.

<sup>30</sup> SAP Madrid, 259/2010, 30 de junio, caso “*Blood and Honour*”, la actividad desarrollada por la asociación consistía en “toda una sistemática y planificada actividad, al amparo o cobijo de una forma asociativa y bajo una apariencia de un discurso artístico e intelectual antiglobalización, con la que se pretende glorificar a los verdugos y justificar sus hechos, defendiendo activamente la superioridad de la raza blanca, que sustituiría a la raza aria, frente a las otras razas que simplemente por ello son inferiores y deben ser despreciadas e incluso objeto de violencia física para su expulsión del territorio europeo, de tal suerte que al enemigo sionista, que se mantiene como he-

Una situación diferente, pero no menos conflictiva, es la distinción respecto de los delitos de terrorismo, en los que está previsto el delito de colaboración con banda armada, lo que no supone algo diverso a la pertenencia a una organización terrorista. En una primera aproximación la distinción vendría dada por la especialidad que representan los delitos de terrorismo en cuanto, en principio, no tienen como finalidad, al menos esencial, la obtención de un lucro económico sino la desestabilización del orden político, del Estado. No obstante, en la práctica las organizaciones terroristas están vinculadas con el tráfico de armas, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales... Aun cuando, desde su perspectiva, estas actividades puedan calificarse de “daños colaterales”, lo cierto es que en su financiación y en la consecución de sus fines están involucrados con la delincuencia organizada, en sentido estricto.

No obstante, desde mi punto de vista, la reiteración que se suscita respecto de los delitos de asociación ilícita y los problemas de delimitación con los delitos de terrorismo, no representan el problema más grave. Como ya señalaba al principio del apartado, este proviene de la dificultad que, en atención a la redacción típica, se plantea en cuanto se pretenda diferenciar los delitos de organización y grupo criminal de la coautoría y participación, por un lado, y de los actos preparatorios y la consumación, por otro, con la consecuente infracción del principio de proporcionalidad. A ello hay que sumar las dificultades concretas de respeto del principio de *non bis in idem*, en todos aquellos delitos en los que está prevista la agravante de pertenencia a organización<sup>31</sup>.

Los preceptos del Capítulo VII del Título XXII, artículos 570 bis, ter y quáter, cuyos antecedentes en la legislación española, como veíamos, son los delitos de asociación ilícita, que incluye las organizaciones paramilitares (art. 515.4) y los delitos de terrorismo (arts. 571 y ss.), han sido introducidos por la LO 5/2010, justificándolo en la ineficacia práctica de la regulación anterior del delito de asociación ilícita para hacer frente a la configuración actual de la criminalidad organizada, incorporándolos, sistemáticamente, dentro de los delitos contra el orden público, que, según el Preámbulo de la referida ley,

---

rencia del pensamiento nacionalsocialista, se le suma el trabajador inmigrante causa de todos los males y que debe ser exterminado hasta la aniquilación”.

<sup>31</sup> Es cierto que en el art. 572 quáter CP está prevista una cláusula concursal que prescribe el concurso de normas, con referencia al principio de alternatividad.

consiste en el núcleo esencial de preservación de los principios de seguridad, legalidad y de los derechos y libertades de los ciudadanos. El art. 570 bis tipifica el nuevo delito de “organización criminal” (cuya consagración entraña el peligro de dejar sin ámbito de aplicación práctica al delito de asociación ilícita, que se mantiene, aunque con modificaciones sustanciales, vigente). El art. 570 ter consagra un nuevo delito de “grupo criminal” que, al diferenciarlo de la “organización criminal”, nos conduce directamente a conductas que materialmente son de participación o conspiración. El art. 570 quáter regula aspectos asociados a la penalidad de los delitos anteriores.

Estos nuevos preceptos, al estar comprendidos entre los delitos contra el orden público, al igual que los delitos de asociación ilícita y terrorismo, respecto del bien jurídico protegido se han elaborado diversas propuestas: a) estabilidad social como base de la democracia; b) tranquilidad social; c) normalidad ciudadana. En el Preámbulo de la LO 5/2010 se especifica como bien jurídico: la seguridad jurídica, la vigencia del principio de legalidad, los derechos y libertades de los ciudadanos. Siendo este último, en concreto, el bien jurídico que la jurisprudencia entendía se protegía en los delitos de asociación ilícita. Pese a ello, en el referido Preámbulo, para diferenciar los nuevos delitos respecto de los de asociación ilícita y terrorismo, se afirma que: a) en los delitos de asociación ilícita se protege el derecho de asociación; b) en los delitos de terrorismo se atenta contra el orden constitucional y la paz pública; c) en los delitos de delincuencia organizada y grupo criminal se atenta contra el orden público.

Paralelamente, se agravan las consecuencias jurídicas, modificando los criterios de determinación de la pena y de ejecución. Se limita, por ejemplo, la concesión de libertad condicional en los supuestos de pertenencia a organización (arts. 36, 78, 90 y 91) o se prevé el comiso de todos los bienes (art. 127) o la inhabilitación de actividades incluso lícitas (art. 129) y, en otros delitos, está previsto que se pueda imponer una pena agravada y/o consecuencias accesorias en los mismos casos. Asimismo, se califica como “organización” los acuerdos para delinquir no estables, en el delito de grupo organizado, y está previsto, expresamente, el carácter transitorio de la “organización” en otros delitos como los de manipulaciones genéticas (art. 162), trata de seres humanos (art. 177 bis), abusos y agresiones a menores (art. 183.4), prostitución y corrupción de menores (arts. 187.4 y 188.4), contra la intimidad (art. 197.8), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), sabotaje informático (art. 264), contra la

propiedad intelectual (art. 271.c), contra la propiedad industrial (art. 276.c), delitos contra el mercado y los consumidores (art. 285.2.1º) de receptación y blanqueo (art. 302.1), contra los derechos de los trabajadores (art. 315.3), inmigración ilegal o clandestina (art. 318 bis.4), tenencia de explosivos u otros materiales peligrosos (art. 348), tráfico de drogas (arts. 369 bis y 370), falsificación de moneda y efectos timbrados (art. 386), falsificación de tarjetas de crédito y cheques de viaje (art. 399 bis).

La terminología utilizada en el Código Penal en las descripciones típicas es muy “variada”: a) Junto al concepto de organización encontramos los de: banda armada, asociación, persona jurídica, sociedad o empresa; b) En relación con los intervinientes, el CP se refiere a: “fundadores”, “jefes”, “administradores”, “encargados”, “directores”, “directivos”, “empleados”, “colaboradores” o “promotores”; c) Conductas típicas: “pertenecer”, “integrar”, “formar parte”, “colaborar”, “favorecer”, “promover”, “constituir”, “organizar”, “coordinar”, “dirigir”, “participar activamente” o “cooperar”; d) La relación de la organización criminal con los delitos puede ser: “en el seno”, “en el marco” o “a través”. “Variedad” que en nada facilita la interpretación ni la seguridad jurídica.

Creo que esta sintética exposición de la regulación de los delitos de organización criminal en el Código penal español explica por sí misma cuáles son los problemas enunciados acerca de la delimitación entre autoría y participación y entre actos preparatoria, tentativa y consumación, así como, y consecuentemente con lo anterior, la reiterada infracción del principio de proporcionalidad al equiparar la penalidad de conductas de desvalor muy diferente.

##### 5. PROBLEMÁTICA CONCURSAL Y PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM*

La proliferación de nuevos tipos penales, unido a una técnica legislativa a la que no se debería conceptualizar como “técnica”, ya que es irracional y demuestra el desconocimiento del Derecho penal, tanto en su Parte general como en la especial, por parte del legislador, conlleva que se produzcan innumerables reiteraciones. Reiteraciones entre tipos autónomos y entre estos y agravantes específicas y genéricas. De ello, como se indicaba al principio del artículo, se derivan una serie de problemas concursales en ocasiones irresolubles. En esta compleja situación incide asimismo la inconcreción del bien jurídico

protegido en algunos delitos, lo que determina que no se aprecie la existencia de un concurso de leyes, sino de delitos. Por si ello no fuera suficiente, el legislador introduce toda una serie de cláusulas concursales, en la línea de calificar como concurso real de delitos lo que estructuralmente es un concurso de leyes.

Uno de los supuestos de infracción del principio de *non bis in idem*, de gran importancia práctica en la actualidad, se suscita en relación con el delito de blanqueo. El blanqueo consiste en introducir en el sistema financiero cualesquiera bienes que tengan su origen en un hecho delictivo, con la finalidad de legitimar esos bienes: reconversión de bien de origen delictivo. Tras la LO 5/2010 se introduce la mera tenencia o uso de esos bienes lo que, al ampliarse también el ámbito de sujetos activos, hace que el delito tenga un ámbito de aplicación desmedido, y cuestionable desde consideraciones dogmáticas y político-criminales<sup>32</sup>. Con esta reforma se modifica incluso la rúbrica del Capítulo, en la que se alude expresamente al blanqueo frente a las

---

<sup>32</sup> **Art. 301.** 1. El que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y V del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

“otras conductas afines” a que se hacía alusión anteriormente. De este modo se pretende poner de manifiesto la autonomía que este delito va teniendo en nuestra práctica forense y, en general, en el modelo político-criminal actual.

No hay acuerdo doctrinal sobre el bien jurídico, pero la doctrina mayoritaria entiende que es un delito socioeconómico (a partir de su ubicación sistemática) que afecta a la fase de integración de los bienes de origen delictivo en el sistema económico legal. La finalidad de este delito es impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad, por lo que hay que dificultar el agotamiento de los delitos que suponen la obtención de un beneficio económico extraordinario por no tener que soportar los costes que se exigen a las ganancias lícitas (STS 16/2009, 27 de enero).

En la conformación de este tipo penal han sido esenciales las propuestas del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el blanqueo (GAFI o FATF). El GAFI, pese a la falta de legitimidad democrática, viene condicionando a los Estados no solo a perseguir el blanqueo, sino que lo define y determina las conductas típicas. En concreto ha establecido tres fases en las que se desarrolla el blanqueo: 1º Ocultación o desaparición del dinero metálico. Las vías tradicionales utilizan instituciones financieras tradicionales (sistema bancario), otras instituciones “sensibles” (intermediarios financieros, intermediarios de metales preciosos, obras de arte, utilización de casas de juego), inversión directa en bienes de lujo por precios diferenciales o en negocios con elevado volumen de activo negocial, empleo de paraísos fiscales, situar dinero fuera del país mediante contrabando, compra-venta de premios y loterías en metálico a precio superior al del importe principal, cesiones de créditos a sociedades...; 2º Control o superposición de transacciones (también denominada fase de estratificación o ensombrecimiento) que pretenden alejar el dinero de su origen. Se busca la realización de múltiples transacciones, con el objeto de separar cada vez más la última inversión de su origen ilícito y con la intención “romper el rastro con el origen”. Son conductas de ocultación en sentido estricto. Las más corrientes son: instrumentalización de bolsa, banca (cuentas de corresponsalía) e intermediación financiera; sobrefacturación en las exportaciones; compensaciones financieras por transferencias electrónicas; compensación mediante cheques...; 3º In-

---

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.

tegración o blanqueo propiamente dicho (“lavado”): el dinero controlado se pretende revertir al mercado, normalmente para adquisición de inmuebles o en la apertura de establecimientos dedicados aparentemente a realizar operaciones y actividades comerciales de apariencia lícita. Otra herramienta es la utilización de las “*front companies*”: se trata de verdaderas empresas comerciales, industriales o de servicios, con potencial productivo pero ahogadas financieramente que buscan capital externo.

En la misma dirección de ampliar el concepto de blanqueo, el objeto del delito son todos los bienes que tienen su origen “en una actividad delictiva”, cuando antes se exigía que su origen fuera un delito. La LO 5/2010 cambia la expresión “delito” por la indicada, pero no hay que prever que la modificación tenga más trascendencia que la nominalista. Con la alusión genérica a los bienes tienen cabida los casos de “receptación del blanqueo” en el que las conductas recaen sobre bienes previamente blanqueados (supuestos de estratificación en casos de superposiciones de transacciones para intentar borrar el rastro del origen). Por otra parte la conceptualización del blanqueo como delito autónomo, ha supuesto que la jurisprudencia admita que no es necesaria la condena por el delito origen de los bienes (por todas, STS 986/2006, 19 de junio), ni tan siquiera la identificación del acto delictivo concreto del que se derivan esos bienes (STS 10 de febrero de 2003), llegando incluso a afirmar que la prueba del delito antecedente se puede practicar en el proceso por blanqueo, incluso por prueba indiciaria (STS 155/2009) y que la prescripción del delito origen de los bienes no afecta al delito de blanqueo (STS 10 de febrero de 2003).

Desde el respeto a las garantías y a las instituciones del Derecho penal la “expansión” de este delito se culmina con el entendimiento del autoblanqueo como delito de blanqueo. Posibilidad recogida en la LO 5/2010, aun cuando previamente, ante el “silencio” de la ley, era admitido por la jurisprudencia. La tipificación expresa del autoblanqueo no impide las dudas sobre su legitimidad y, eventual, inconstitucionalidad por: 1º eludir la prohibición de *bis in idem*; 2º convertir un concurso de leyes en concurso de delitos, por ser el blanqueo un acto posterior copenado para el responsable del delito originario; 3º se castiga el agotamiento delictivo (no tendría legitimidad el castigo en meros casos de disfrute o transformación de los bienes de un delito en bienes de consumo); 4º son supuestos de autoencubrimiento en los que no se puede exigir otro comportamiento.

La expansión dudosamente constitucional se advierte también en la amplitud desmedida de las conductas típicas que incluyen las de “poseer y utilizar”, con lo que se quiebra el modelo, ampliándose a supuestos de mera detentación de bienes que provengan de un delito. Como el ámbito de sujetos activos también se amplía expresamente, normalmente cualquier conducta de agotamiento de un delito con efectos económicos se podría calificar como blanqueo (autor de una estafa que posee los bienes objetos de la estafa, por ejemplo) lo que parece desmedido y tiene que hacer reflexionar a los tribunales de la necesidad de efectuar restricciones típicas tomando como base criterios de proporcionalidad, lesividad material y fundamentalmente del contenido material de la prohibición constitucional de “*bis in idem*”.

A todo ello se une la utilización que, de la prueba indiciaria, llevan a efecto que nuestros tribunales. En las resoluciones se utilizan, prácticamente, los mismos elementos indiciarios para extraer dos conclusiones diferenciadas, una en el plano de la tipicidad objetiva y, la otra, en el plano de la tipicidad subjetiva: de similares indicios concluyen que se puede dar por acreditado el origen criminal y, al mismo tiempo, que se actúa dolosamente. Sobre la diferencia entre los indicios “y las meras conjeturas” en el ámbito del blanqueo es clarificadora la STS 928/2006, 5 de octubre.

Por último, es de gran importancia práctica la tipificación del blanqueo por imprudencia grave (art. 301.3), que comporta la negligencia inexcusable referida a la procedencia y al uso que se le da a los bienes, porque el sujeto activo debía conocer fácilmente esta situación<sup>33</sup>. La legislación penal tiene que completarse, fundamentalmente para la determinación de los deberes de cuidado, con la legislación extrapenal<sup>34</sup>, que impone obligaciones administrativas a sujetos “sensibles”, en determinadas conductas sospechosas. El incumplimiento de estas obligaciones (diligencia debida, información, control, secreto) puede ser un elemento para fundamentar la responsabilidad por imprudencia. En cierta medida esta legislación supone la inversión de la carga de la prueba porque una operación sospechosa tiene validez indiciaria, siendo necesario que el sospechoso/imputado sea quien demuestre la finalidad económica real a la que obedece. Problema de legitimidad al que se suma que sean organizaciones e instituciones

---

<sup>33</sup> En este sentido, STS 1034/05, 15 de septiembre, desarrolla los problemas estructurales del blanqueo por imprudencia.

<sup>34</sup> Cfr. Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales.



internacionales (GAFI/FATF, Comité de Basilea, Grupo Wolfsberg...) las que van elaborando y publicando informes de tipologías de blanqueo y guías para la prevención del riesgo de blanqueo...<sup>35</sup>. En consecuencia, el blanqueo de capitales por imprudencia pasa a ser una ley penal en blanco que se complementa por “disposiciones” provenientes de instituciones ajenas al control parlamentario.

## 6. “RELAJACIÓN” DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

Para solventar, o al menos minimizar, el “problema” que para la acusación representa el principio de la carga de la prueba se han arbitrado también “soluciones” en el ámbito del proceso. En este sentido, algunas formas “anómalas de obtención de pruebas” en aras de la “Justicia” conducen a favorecer la inmunidad de determinados testigos o intervinientes, posibilitando la acusación exitosa de otros. En EE.UU., en esta dirección, se está aprobando una legislación que regule y proteja a los empleados, públicos o privados que, sean cuales sean sus razones, denuncien la existencia de conductas delictivas en el seno de la empresa o institución en la que trabajan. A partir del concepto de “*whistleblowing*” (“silbar denuncias”), se ha desarrollado una doctrina, una jurisprudencia y una legislación dirigida a potenciar estas “delaciones”. Delaciones que van acompañadas, en la mayoría de supuestos, de pruebas documentales. Se trata de evitar que puedan calificarse esas prueba como ilícitas, en razón del modo en cómo han sido obtenidas (podrían calificarse los hechos como descubrimiento y revelación de secretos) y evitar que el empleado delator pueda sufrir consecuencias lesivas (pérdida de empleo, amenazas, discriminaciones...). Un ejemplo de ello se produjo en 2001 en el caso *Enron Corporation*, en el que Sherron Watkins, vicepresidente de la empresa, informó de que la contabilidad de la empresa era “impropia”. Ese mismo año, en el ámbito de este, Coleen Rowley, abogada del FBI durante 20 años, informó al director del FBI, Robert Mueller, por la mala investigación que en la sede del FBI se estaba llevando acerca de Zacarias Moussaoui, que posteriormente fue considerado conspira-

---

<sup>35</sup> Existe también normativa sectorial donde se concretan deberes de actuación y se identifican operaciones sospechosas como, por ejemplo, IDGRN 10-12-99, sobre obligaciones de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en materia de prevención del blanqueo de capitales donde se describen operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas con este.

dor del 11 S. En ambos casos, Watkins y Rowley, fueron nominados como “Personajes del año” por el Times en 2002.

En este contexto hay que resaltar los problemas que, para una correcta administración de la justicia penal, se derivan del propio sistema y de la ausencia de medios. En España ello se agrava por un sistema judicial que se debate entre el sistema acusatorio y el inquisitorio. Siendo el juez de instrucción el competente para abrir diligencias, imputar y ordenar la apertura del juicio oral, lo cierto es que sin acusación del fiscal, incluso interviniendo la acusación particular, es muy difícil que determinados asuntos prosperen por la vinculación política del fiscal general, unida al sistema jerárquico de funcionamiento de la Fiscalía. Y ello sin olvidar la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (caso Botín) que afirma no cabe seguir un proceso únicamente con la acusación popular<sup>36</sup>.

Los hechos graves, especialmente en materia socioeconómica, o son perpetrados por personas con gran influencia en la clase gobernante y/o los políticos están directamente implicados. Si a ello unimos los pocos medios con los que cuenta el sistema judicial, especialmente si se pone en relación con el poder de ciertas estructuras económicas, nos encontramos que los procesos que siguen adelante en materia socioeconómica, de salud pública o medioambiental son delitos bagatela, al menos en comparación con aquellos en los que ni tan siquiera se consigue que se abran diligencias o que se llegue al juicio oral. O, en otros supuestos, se llega a la absolución, en muchas ocasiones por prescripción derivada de dilaciones provocadas por los imputados o derivados de intervenciones políticas o de la falta de medios.

De lo anterior cabe concluir que la referida “relajación” de las garantías no es tan necesaria como podría parecer si se dota de medios a la justicia y que lo relevante es que el Derecho penal se aplique igual para todos, y no como un “derecho a la carta”, atendiendo a los intereses de los más fuertes. La sensación de injusticia que provocan giros de la doctrina del Tribunal Supremo, como el relatado, provoca

---

<sup>36</sup> No obstante, en la sentencia del caso Atutxa, STS 21 de enero de 2008, el Tribunal Supremo matiza los límites que estableció en el caso Botín, STS 8025/2007, 17 de diciembre (Pdte. Enrique Bacigalupo), afirmando que no se podía seguir el proceso únicamente con la acusación particular. En el caso Atutxa, el Pleno del Tribunal Supremo modifica su doctrina afirmando que se puede seguir el procedimiento únicamente con la acusación popular ejercida por Manos Limpias.

el descrédito del Derecho penal y de ello, como señalan los estudios sociológicos, su menor eficacia en el control del crimen.

## 7. “DERECHO PENAL DE LA PRUEBA” Y DELINCUENCIA ORGANIZADA

El delito de organización criminal, con independencia de las cuestiones relacionadas con la teoría del delito que señalaba, en la práctica se advierte que tiene una eficacia muy significativa para la investigación policial. En nuestro entorno jurídico ni la policía ni los jueces pueden iniciar una investigación cuando no hay indicios de la comisión de un delito en concreto. Sin algo más que una sospecha no se pueden ordenar intervenciones telefónicas ni registros... Si la mera pertenencia a organización criminal se califica como delito, la sospecha de estos comportamientos permite ya el inicio de la investigación criminal. Ello posibilita que la policía comience la investigación con carácter previo a que se haya cometido algún delito y al juez autorizar medidas indagatorias que al final posibiliten el descubrimiento de delitos respecto de los cuales no existía una sospecha inicial. Por ello la doctrina alemana ha calificado estos delitos de “encubrir” “dar un paraguas legal” (“*Ermittlungsparagraph*”, “*strafprozessualer Passpartout*” o “*fungibel Ausforschungparagraph*”)<sup>37</sup>. La práctica judicial alemana muestra un número elevado de apertura de diligencias policiales por delito de asociación criminal, mientras que el número de condenas es mínimo<sup>38</sup>. Lo que sucede es que esas investigaciones sirven para descubrir y probar otros delitos que sí son objeto de condena. Por ello al delito de asociación para delinquir se le ha denominado como “fuerza configuradora del Derecho Penal de la prueba”<sup>39</sup>. Ello permite, a su vez, ampliar aún más la legitimidad del agente encubierto, puesto que si se considera que ya se ha iniciado un hecho delictivo por la existencia de organización no podrá afirmarse que el “agente” ha inducido o provocado la comisión del hecho delictivo. Requisito que nuestra jurisprudencia requiere para absolver por los delitos inducidos

<sup>37</sup> Cfr. MÜSSIG, Bernd, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main, 1994, p. 22

<sup>38</sup> LAU, Stefan y MISCHAU, Anina, “Normgenese, Zielsetzung und Rechtswirklichkeit des § 129 (R) StGB und des § 129 a StGB”, en: *Politische Strafrecht und politische Kriminalität, Kriminologische Journal*, 1991, pp. 73 ss.

<sup>39</sup> HILLENKAMP, Thomas, “Beweisnot und materielles Recht”, en: *Festschrift für R. Wasermann*, Neuwied, 1985, pp. 861 ss.

o provocados por el agente encubierto<sup>40</sup>, regulado en el art. 282 bis LECrim, que posibilita que el referido agente realice tareas de auxilio o colaboración en la comisión del delito, permitiendo la efectiva intervención judicial.

Si además se inicia la investigación en el marco de la sospecha de la existencia de una organización terrorista, se permiten competencias de investigación excepcionales y adopción de medidas cautelares extraordinarias<sup>41</sup>. En España entra en juego la jurisdicción especial porque la competencia está reservada a los juzgados centrales de instrucción y a la Audiencia Nacional<sup>42</sup>. El art. 55.2 CE permite la suspensión de derechos fundamentales; el art. 17.2 CE aumenta la duración máxima de la detención preventiva<sup>43</sup>; se restringe la inviolabilidad del domicilio, art. 18.2 CE<sup>44</sup> y el secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE<sup>45</sup>. Situación que se extiende también a la limitación de los derechos de comunicación con el abogado<sup>46</sup>. Situación que es análoga en Alemania, Francia, Italia, Gran Bretaña o EE.UU. Competencia de la Audiencia Nacional que puede ser otro de los aspectos claves, desde una perspectiva procesal, de la calificación de unos hechos en el contexto de una organización criminal.

Por otra parte estos delitos posibilitan la condena de personas respecto de las que no se ha podido probar su participación en un delito en concreto. Se trata en general del llamado “hombre de atrás” o “jefe de la banda”, en general, la cúpula directiva de la organización que no interviene directamente en la comisión de los delitos cometidos por los miembros de la organización. Muchas veces esos cargos intermedios ni tan siquiera conocen a los jefes y en otras ocasiones los jefes

---

<sup>40</sup> Por todas, STS 1316/2011, de 1 de marzo, diferencia entre delito provocado y participación de un agente encubierto y requiere, en este segundo caso, que la decisión del sujeto activo sea libre y anterior a la intervención del agente encubierto. En esta sentencia expresamente se refiere a la investigación policial de un sujeto que está resuelto a cometer un delito o que “se dedica a una permanente actividad criminal que únicamente pretende comprobarse”.

<sup>41</sup> LANGER-STEIN, Rose, *Legitimation ind Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*, p. 165.

<sup>42</sup> LO 2/1981 y Disposición Transitoria de la LO 8/1988.

<sup>43</sup> Cfr. Art. 520 bis LECrim.

<sup>44</sup> Cfr. Art. 553 LECrim.

<sup>45</sup> Cfr. art. 579.4 LECrim y los arts. 51 ss. Ley General Penitenciaria y arts. 41 ss. del Reglamento Penitenciario.

<sup>46</sup> Cfr. art. 51.2 Ley General Penitenciaria y art. 48 del Reglamento Penitenciario.

subcontratan la comisión de determinados delitos a otras organizaciones. Ello ha llevado a la doctrina alemana a calificarlo como “tipo de recogida” (*Auffangtatbestand*)<sup>47</sup>.

## 8. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Ante la indiscutible expansión del Derecho penal, una propuesta de restricción podría plantearse desde el Derecho procesal penal a partir de dos ideas: el principio de oportunidad<sup>48</sup> y el “derecho al debido proceso”<sup>49</sup>. El principio de oportunidad procesal se podría aplicar cuando la aplicación de las normas penales infringe los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad y, muy especialmente, el de subsidiariedad. Esta infracción se produce cuando no hay un interés público en la persecución de esos hechos y/o que político-criminalmente sea innecesario imponer una pena. Respecto al “derecho al debido proceso” se propone que actúe, como condición objetiva de punibilidad, de forma que cuando no se respetan las garantías del imputado no pueda imponerse una pena.

Tratar de evitar la “flexibilización de los requisitos probatorios” que se produce en los nuevos delitos cuya complejidad dificulta, si no impide la prueba directa, recurriéndose a la prueba circunstancial, al testimonio exclusivo de la víctima, a la prueba anticipada o preconstituida. Y ello siendo consciente que la indiscutible relevancia del juicio oral no deba ser interpretada de forma absoluta, como tampoco los principios de intermediación contradicción y oralidad. Y ello en determinados supuestos para evitar una victimización secundaria y en otros por la relevancia de la prueba documental.

Luchar contra la “utilización” de la dogmática para obviar la prueba de los hechos, como sucede con la utilización que lleva a efecto la jurisprudencia de la imputación objetiva, o con el concepto de dolo, respecto del que los tribunales utilizan alternativamente uno u otro concepto según les “convenga” en el caso concreto, o con el concepto de “autor”, que en la actualidad abarca a cualquier interviniente, a partir del “dominio compartido”.

<sup>47</sup> Cfr. LANGER-STEIN, Rose, *Legitimation ind Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*, pp. 160 ss.

<sup>48</sup> BINDER, “Es posible..?”, pp. 785 ss.

<sup>49</sup> PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2002, p. 807.

Interpretar los preceptos a partir de criterios sistemáticos y teleológicos, no exclusivamente literales o gramaticales. En este sentido, creo de especial importancia, en particular en relación con el “nuevo derecho penal”, la idea del bien jurídico-penal –interpretación teleológica– y la referencia a otros delitos que contemplen supuestos similares, así como a la normativa extrapenal –interpretación sistemática–.

En relación con el bien jurídico-penal, en particular, los bienes jurídico-penales supraindividuales, evitar su concepción como adelantamiento de la barrera de protección, respecto de los individuales porque, como había previsto, conduce a conceptos como los de peligro presunto, hipotético o estadístico o a introducir el principio de precaución en el Derecho penal. Por ello es necesario encontrar el objeto de protección concreto de cada uno de los preceptos en relación con el bien jurídico supraindividual que, inevitablemente, será abstracto, y probar *ex post* en el caso concreto que el objeto de protección ha resultado afectado. En otras palabras, respeto al principio de lesividad como elementos esencial de la antijuricidad penal. No es válido castigar si no se ha probado *ex post* que al riesgo creado *ex ante* le es imputable el resultado en cuanto afectación del bien jurídico protegido que se prueba a partir de la afectación del objeto del delito.

En definitiva, defender el respeto de las garantías del imputado/ acusado/condenado como principios esenciales de un Derecho penal conforme con la Constitución. Garantías en crisis por cuestiones como las descritas en los apartados precedentes junto con un nuevo cambio de paradigma desarrollado especialmente a partir de la jurisprudencia de tribunales internacionales, en particular el TEDH y la Corte Penal Interamericana, que vienen afirmando la existencia de un derecho de las víctimas a la condena del autor. Derecho de las víctimas que se contrapone al derecho de los acusados y que se concreta en la limitación de institutos como la prescripción, el indulto o la amnistía. Pero también en relación con la conformidad, e incluso yendo más allá, en la restricción de la aplicación de eximentes y/o atenuantes, requiriendo no únicamente una condena, sino una condena de una determinada entidad.

## BIBLIOGRAFÍA

ROBINSON, P., *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished How Much*, Inglaterra, Oxford University Press, 2008, 204 pp.

- NAVARRO FRÍAS, Irene, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, Editorial Comares, 2010, 115 pp.
- HEFENDEHL, Von y HIRSCH, Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003.
- HILLENKAMP, Thomas, “Beweisnot und materielles Recht”, en: *Festschrift für R. Wassermann*, Neuwied, 1985.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *in dubio pro reo*–”, en: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. “Libro Homenaje al Profesor Don José Cerezo Mir”*, Madrid, Editorial Tecnos, 2006, pp. 593-616.
- \_\_\_\_\_, “La interpretación en Derecho penal. *Favor libertatis* versus *Favor securitatis*. *In dubio pro reo* versus *In dubio contra reo*”, en: *Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho. LH al Profesor Santiago Mir Puig* (Luzón Peña, Diego dir.), Ed. La Ley, 2010, 1.068 pp.
- \_\_\_\_\_, “Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Pontificia de Valparaíso, XXXIV (2010) I Semestre, pp. 305-347.
- \_\_\_\_\_, “Concepto dogmático y procesal del dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”, en: *Revista Doctrina y Jurisprudencia penal*, Universidad de los Andes, Editorial Abeledo-Perrot, Nº 4 (2011), pp. 3-30.
- \_\_\_\_\_, “Imputación subjetiva”, en: *Penal Económico y de Empresa 2011-2012. Memento Práctico Francis Lefebvre*, Editorial Francis Lefebvre, 2011.
- \_\_\_\_\_, “La legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales”, en: *Revista CENIPEC*, Nº 030 (2011) Enero-Diciembre, Universidad de los Andes.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Funcionalismo y teoría del delito”, en: *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales* (Mir Puig/Queralt Jiménez dirs.), Valencia 2010.
- KENNEDY, Joseph E., “Empirical Desert and the Endpoints of Punishment”, en: *Criminal Law Conversations*, Oxford University Press, 2009, pp. 54-55.
- LANGER-STEIN, Rose, *Legitimation ind Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*.
- LAU, Stefan y MISCHAU, Anina, “Normgenese, Zielsetzung und Rechtswirklichkeit des § 129 (R) StGB und des § 129 a StGB”, en: *Politische Strafrecht und politische Kriminalität, Kriminologische Journal*, 1991.
- MILITELLO, Vincenzo, “Participation in a Criminal Organisation as a Model of European Criminal Offence”, en: MILITELLO, Vincenzo y HUBER, Barbara, Eds., *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime*, Freiburg, 2001, 27 pp.

- MÜSSIG, Bernd, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main, 1994.
- PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2002, 704 pp.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *Ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, Editorial Atelier, 2008, 220 pp.
- ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (trad. Cancio Meliá/Ortiz de Urbina), Madrid, Editorial Marcial Pons, 2012, 286 pp.
- ROXIN, Claus, *Dependencia o independencia del Derecho penal con respecto a la filosofía, la moral y la religión*, Madrid, ADPCP, 2008.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, en: *LH al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Editorial Civitad, 2005.
- VIGÁNO, Francesco, “L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali”, en: *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV (2011).
- WELZEL, Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista* –4ª edición–, Traducción Cerezo Mir, Madrid, Ed. Ariel, 1964, 201 pp.